

NILS JANSEN

Europäisches Privatrecht und europäische Identität. Zwölf Thesen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts¹

Seit der Mitte des letzten Jahrhunderts ist das Bewusstsein rasch gewachsen, dass die einzelnen Privatrechtsordnungen Europas – trotz ihrer Unterschiede im Einzelnen – Ausprägungen einer gemeineuropäischen Rechtskultur bilden.² Bereits 1936 und 1958 erwuchs aus dieser Überzeugung Ernst Rabels *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, und seither gilt eine gemeineuropäische Zivilrechtswissenschaft als ein drängendes Desiderat.³ Das europäische Privatrecht bildet seit Jahrzehnten einen Gegenstand zunehmend intensiver wissenschaftlicher Forschungsarbeit.

Dabei galt der Gedanke eines europäischen Privatrechts bisher fast ausschließlich als eine Angelegenheit der Wissenschaft. Im Laufe der letzten Jahre hat sich dies jedoch fundamental geändert. Nachdem sich das Europäische Parlament nämlich bereits 1989 und 1994 die Forderung nach einem europäischen Zivilgesetzbuch zu Eigen gemacht hatte,⁴ forderte 1999 auch der Rat die Prüfung der Notwendigkeit eines Europäischen Zivilgesetzbuchs.⁵ Die Kommission stieß daraufhin im Sommer 2001 mit einer – freilich auf das Vertragsrecht beschränkten – Mitteilung zum Europäischen Privatrecht⁶ eine intensive Diskussion an; das Parlament stellte in einer Reaktion darauf sogar einen überaus ehrgeizigen Zeitplan für die Verwirklichung eines europäischen Zivilgesetzbuchs bis zum Jahre 2010 auf.⁷

Nun soll es hier nicht um Einzelheiten, sondern allein um die Forderung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs bzw. den Weg dorthin gehen.⁸ Die überaus kontroverse Reaktion darauf reicht von – bisweilen geradezu euphorischer – Begeisterung und der Forderung einer Gesamtregelung des Vermögensrechts bis zu kategorischer Ablehnung. Zunächst bedarf es wohl vor allem einer ruhigen, vernünftigen Bestandsaufnahme. Da eine solche

¹ Der Text fußt auf einem Vortrag, den ich am 22. Januar 2004 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Vereinigung in Düsseldorf gehalten habe.

² Vgl. Koschaker (⁴1966) (erste Auflage 1947), Coing (1968) und Zimmermann (1996) (erste Auflage 1990).

³ Vgl. Zweigert (1963: 401ff.), Coing (1989: 1ff., 18ff.), nachdrücklich Kötz (1981: 486ff.), Schulze (1993: 442ff., 458ff.) und Basedow (1999: 79ff.).

⁴ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (1989), C158/400 (Entschließung A2-157/89); Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (1994), C205/518 (Entschließung A3-0329/94); siehe ferner die Entschließung aus dem Jahre 2000: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (2000), C377/323, 326 (Entschließung B5-0228, 0229 und 0230/2000).

⁵ v. Bar (2001: 799ff.).

⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Privatrecht (11.7.2001): KOM (2001: 398 endgültig), abgedruckt in der *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2001: 963ff.).

⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, abgedruckt in der *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2002: 634ff.).

⁸ Einzelheiten bei Jansen (2004: 4ff.) mit weiteren Nachweisen.

aber den Rahmen eines Vortrags sprengen würde, beschränke ich mich auf zwölf Thesen, zu denen ich jeweils nur einige kurze Erläuterungen abgeben werde.⁹

(1) Für den europäischen Binnenmarkt genügt ein europäisches Vertragsrecht, das den Parteien als Wahlstatut auch vor staatlichen Gerichten zur Verfügung steht; nur für Einzelfragen kann sich die Notwendigkeit zwingender Regelungen ergeben.

Sowohl in der politischen als auch in der wissenschaftlichen Diskussion wird die Forderung nach einem Europäischen Zivilgesetzbuch in erster Linie mit dem Argument begründet, dass ein solches Gesetz für einen funktionierenden Binnenmarkt erforderlich sei. Insbesondere Verbraucher sowie kleinere und mittlere Unternehmer, so heißt es, schrecken vor grenzüberschreitenden Geschäften zurück, weil sie die damit verbundenen Risiken aufgrund der ihnen unbekannten Rechtslage nicht abschätzen könnten.¹⁰ Empirisch belegt ist das freilich nicht; die Argumentation stützt sich zumeist auf „anekdotische Evidenz“¹¹. Erfahrungen der USA und Großbritanniens, die jeweils einen funktionierenden einheitlichen Wirtschaftsraum auf der Grundlage unterschiedlicher Rechtsordnungen zu gewährleisten vermögen, sind nur unzureichend verarbeitet. Insgesamt bestehen an der Behauptung, ein einheitliches Privatrecht sei für den Binnenmarkt erforderlich, erhebliche Zweifel.¹²

Gleichwohl kann eine Vereinheitlichung des für den Wirtschaftsverkehr relevanten Rechts – nicht zuletzt für die rechtsberatenden Berufe – eine erhebliche Vereinfachung bedeuten. Aus diesem Grund war im 19. Jahrhundert das Bedürfnis nach nationaler Rechtseinheit auf diesen Rechtsgebieten besonders drängend und zunächst auch nur hier erfolgreich. Im 20. Jahrhundert ist es hier dann folgerichtig auch zu einer übernationalen Rechtsvereinheitlichung gekommen. Entsprechend wäre es ganz allgemein zu begrüßen, wenn für den europäischen Binnenmarkt ein einheitliches Recht als Wahlstatut zur Verfügung stünde. Es würde niemandem ein europäisches Recht aufzwingen, es aber jedermann anbieten. Das europäische Recht müsste sich dann der Konkurrenz zu anderen Rechtsordnungen stellen; gerade dadurch könnte es sich als inhaltlich überzeugend beweisen.

(2) Ein europäisches Vertragsrecht sollte neben den eigentlichen Vertragsregeln Normen über die Erfüllung und die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge enthalten. Bestimmungen über das allgemeine außervertragliche Haftungsrecht, das allgemeine Bereicherungsrecht sowie sachenrechtliche Regeln haben in einem solchen Gesetz keinen Platz.

These (2) folgt aus These (1). Denn wenn ein europäisches Vertragsgesetz zunächst als ein Wahlrecht angelegt ist, so muss es mit einer Beschränkung des Gesetzestextes auf Fragen verbunden sein, die – *ex ante* – überhaupt sinnvoll als Gegenstand einer Rechtswahl in Betracht kommen. Für weite Bereiche des außervertraglichen Obligationenrechts ist das freilich – entgegen einer häufigen Behauptung – nicht der Fall: Zwar lässt sich argumentieren, dass ein Vertragsrecht unvollständig sei, wenn es keine Regelung für die

⁹ Detaillierter zum Ganzen: Jansen (2004).

¹⁰ Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 7), Erwägungsgründe G.-I., *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2002: 635). Vgl. auch v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 11ff.

¹¹ v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 14.

¹² Ausführlicher: Jansen (2004: 7ff.).

Abwicklung irrtümlicher Zahlungen enthalte.¹³ Aber das muss nicht zwingend eine bereicherungsrechtliche Lösung sein;¹⁴ und jedenfalls ist keine umfassende Regelung des gesamten Bereicherungsrechts – einschließlich der Eingriffs- und der Verwendungskon-
diktion – erforderlich. Ebenso kann das außervertragliche Haftungsrecht in einem solchen Recht keinen Platz haben – jedenfalls gegenüber Dritten ist eine Rechtswahl insoweit ja nicht möglich. Entsprechend besteht schließlich auch für eine vorvertragliche Vertrauens-
bzw. Auskunftshaftung¹⁵ bei genauerem Hinsehen kein Bedürfnis: Entweder einigen die Parteien sich auf ein Vertragsstatut – dann können sie auch einen Auskunftsvertrag ab-
bzw. ausschließen. Oder sie einigen sich nicht – dann ist auch kein Wahlstatut einschlägig.

(3) Einem europäischen Vertragsrecht sollte ein – partiell kodifikatorischer – Gesetz-
text zugrunde liegen, der allerdings die Regelungsdichte einer Kodifikation wie des BGB
nicht zu erreichen braucht.

Der Grund für diese These besteht weniger darin, dass nur ein Gesetz die erforderliche
Rechtssicherheit gewährleisten und hinreichend eindeutige Festlegungen treffen könnte:
Dass ein Gesetz allein dies nicht zu leisten vermag, zeigen die Erfahrung erheblicher
Rechtsunsicherheit nach der Ingeltungsetzung des BGB und übrigens auch nach der jün-
sten Schuldrechtsreform einerseits und die Bedeutung richterlichen Fallrechts für die mo-
derne Rechtspraxis andererseits. Der entscheidende Grund für die Notwendigkeit eines
partiell kodifikatorischen, autoritativen Gesetzestextes besteht vielmehr darin, dass ein
europäisches Vertragsrecht in der Praxis auf einen integrativen argumentativen Bezugs-
rahmen angewiesen ist, den nur ein einheitlicher, autoritativer Text zu bieten vermag¹⁶ –
für das europäische *ius commune* waren dies die Fragmente des *corpus iuris* Justinians.
Ohne einen solchen Text lassen sich Äußerungen zu konkreten Rechtsfragen nämlich nur
schwer aufeinander beziehen.

(4) Ein europäisches Vertragsrecht ist auf die einheitliche Anwendung und Fortbildung
durch die Rechtsprechung angewiesen. Erforderlich ist dazu die parallele Institutionali-
sierung eines europäischen Gerichts oder – hilfsweise – eine entsprechende Kompeten-
zerweiterung des Europäischen Gerichtshofes.

Die Notwendigkeit eines derartigen Gerichts wird in der gegenwärtigen Situation – viel-
leicht aus politischen Gründen – eher heruntergespielt.¹⁷ Gleichwohl kann Rechtssicher-
heit – dies ist seit den Erfahrungen vor 1900 bekannt – nur bei einer vereinheitlichten
Rechtsprechung gewährleistet werden.¹⁸ Das gilt auch für ein europäisches Wahl-Privat-
recht.

(5) Die gegenwärtigen Bestrebungen, ein umfassendes Europäisches Zivilgesetzbuch zu
schaffen, sind Ausdruck der Suche nach einer gemeinsamen europäischen Identität.

Die Kodifikationsidee des 18. und 19. Jahrhunderts war – bis hin zum BGB – regelmä-
ßig mit der romantisch überhöhten Vorstellung eines Symbols und Ausdrucks nationa-

¹³ Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 7), Nr. 13, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2002: 638). Vgl. auch v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 30, v. Bar (2001: 800f.) sowie Basedow (2000: 474f.).

¹⁴ Beispielhaft zeigen das Art. 4: 105 und 9: 307-309 der Lando-Prinzipien (vgl. v. Bar und Zimmermann 2002).

¹⁵ So aber v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 36; v. Bar (2001: 800f.); Basedow (2000: 474f.).

¹⁶ Basedow (2000: 478ff.).

¹⁷ Vgl. nur v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 97f.

¹⁸ Siehe nur Rabel (1950: 309ff.) und Riese (1961: 607ff., 617ff., 628) mit weiteren Nachweisen und anschau-
lichen Beispielen.

ler Identität verbunden: Die nationale Einheit sollte in einer rechtlichen gespiegelt sein, der einheitliche Staat in einer einheitlichen Rechtsordnung seinen Ausdruck finden.¹⁹ Kodifikationen sollten das vorfindliche, vom nationalen Volksgeist hervorgebrachte Recht abbilden und damit einen „Dom nationaler Herrlichkeit“²⁰ errichten – Frankreich hatte all das mit seinem *Code Civil* vorgeführt.

Nun gehört ein derartiger Nationalismus (in Deutschland) der Vergangenheit an, und man könnte deshalb meinen, dass damit auch die symbolisch idealen Argumente für eine Kodifikation hinfällig geworden wären. Anscheinend ist jedoch das Gegenteil der Fall; offenbar hat sich in der Diskussion um ein europäisches Privatrecht lediglich der Bezugspunkt des Gemeinschaftsbewusstseins verschoben. War dieser für die Nation des 19. Jahrhunderts das Volk, so ist er für das vereinte Europa der gemeinsame Markt. *Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht* – so lautete 1900 der Titel der ersten Ausgabe der deutschen Juristenzeitung. Für einen europäischen Juristen soll es heute heißen: *Ein Markt. Eine Währung. Eine Kodifikation*.²¹

Dass das Streben nach einer Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts in dieser Weise motiviert ist, zeigen nicht nur die ausdrücklichen Äußerungen in diese Richtung.²² Es wird vor allem aus dem Nachdruck deutlich, mit dem für ein Ziel eingetreten wird, für das sich eine bloß pragmatische Begründung nicht geben lässt. Angesichts dessen kann der entscheidende Grund nämlich nur auf der Ebene der politischen Ideale bzw. Symbole liegen: Die Kodifikation soll einen weiteren Schritt auf dem Weg der kulturellen, geistigen und politischen Integration des Kontinents bilden; und das ist auch durchaus folgerichtig, wenn man sich bewusst macht, dass die Europäische Union sich von Anfang an vor allem auch als eine Rechtsgemeinschaft verstanden hat.²³

(6) Das europäische Vertragsrecht bildet eine geeignete Grundlage für eine derartige identitätsstiftende Kodifikation: Die einzelnen nationalen Regelungen beruhen auf gleichen Rechtsgrundsätzen; sie sind Ausdruck eines gemeinsamen Grundverständnisses, das sich im Verlauf der gemeinsamen römisch-kanonistischen Tradition des europäischen Rechts herausgebildet hat. Die erheblichen Regelungsunterschiede im Einzelnen sind technischer, nicht grundsätzlicher Art.

Für einen ausführlichen historischen Bericht²⁴ ist hier kein Raum. Freilich genügt es auch festzustellen, dass die Grundsätze des kontinentalen Rechts zwar nicht auf das Römische Recht zurückgehen, wohl aber im *usus modernus* des 17. und 18. Jahrhunderts geprägt wurden. Gedanklich beruht dieses Vertragsrecht auf einer naturrechtlichen Grundkonzeption, die aristotelisch-thomistisches und „willenstheoretisches“ Gedankengut miteinander verbindet. Sie bot zum einen eine geschlossene, überzeugende Theorie und zum ande-

¹⁹ Vgl. Dölemeyer, in: Coing (1982: 1427, 1564, 1575, 1602), Buchholz (1986: 78ff.) und Zimmermann (1992: 10), jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁰ Windscheid (1904: 48).

²¹ Vgl. Schulte-Nölke (2001: 920): „[...] konsequente Fortsetzung der Binnenmarktpolitik und der Einführung einer gemeinsamen Währung [...]“ und Schwintowski (2002: 209): gemeinschaftsstiftendes Symbol neben dem Euro.

²² Kramer (1988: 487), Drobnig (1990: 1148f.), Möllers (1999: 1ff., 7ff., 10ff., 29ff., 88), Remien (1988: 117) und Taschner (2003: 275, 278f.); siehe auch v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 50f. und Taupitz (1993: 7f.).

²³ Hallstein (1964: 228ff.); Dokument über die europäische Identität, angenommen von den Außenministern der Europäischen Gemeinschaften am 14. Dezember 1973 in Kopenhagen, Nr. 1, *Europa-Archiv* 2 (1974), D 50ff.

²⁴ Detaillierter zum Ganzen: Jansen (2004: 23ff.) mit weiteren Nachweisen.

ren einen Ausgangspunkt für die interessen- und systemgerechte Fortbildung einzelner Regeln; Beispiele sind das Irrtumsrecht, die Lehre von der Geschäftsgrundlage oder die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung in einem (konditionellen) Synallagma und das daraus resultierende Rücktrittsrecht im Falle der Nichterfüllung. All diese Regeln gelten im Großen und Ganzen bis heute. Denn aufgrund des Bezugs auf den typischen Willen der Vertragspartner ließen sie sich ohne größere Probleme mit den jeweiligen Moralvorstellungen in Einklang halten: Als interessengerecht gilt ja regelmäßig, was vernünftige Parteien in Anbetracht der jeweiligen öffentlichen Moral vereinbart hätten.

Im 18. und 19. Jahrhundert kam es dann auch in England zu einer grundlegenden Revision und Systematisierung des Vertragsrechts, in deren Folge sich dieses kontinental-europäische Gedankengut weitgehend durchsetzte. Zum einen vermochten nämlich die alten Regeln des englischen Vertragsrechts den modernen Anforderungen einer dynamischen Wirtschaft nicht mehr zu genügen, und zum anderen verfügte das englische Recht bis ins 17. Jahrhundert über keine theoretisch geschlossene, allgemeine Vertragslehre. Es bot daher einen fruchtbaren Boden für neue gedankliche Ansätze – und dafür war die naturrechtlich-gemeinrechtliche Doktrin mit ihrem prinzipiell rechtsordnungsunabhängigen Geltungsanspruch in einem besonderen Maße geeignet.²⁵ Entsprechend waren die Hauptwerke von Grotius und seinen Nachfolgern – zum Teil in mehreren Auflagen – auch ins Englische übersetzt und damit ohne weiteres jedermann zugänglich; die Willenstheorie passte dabei augenscheinlich zur öffentlichen Moral der Aufklärung. Einflusreiche Richter waren mit dieser Literatur offenbar aufs Engste vertraut und nahmen eine wirkungsmächtige Mittlerrolle ein: „Though the Civil law is not of itself authority in an English Court“, so fasste etwa der Richter Blackburn sein Verständnis des englischen Rechts zusammen, „it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded“.²⁶ Bis heute wirkt dieser gedankliche Ausgangspunkt nach; er trägt den Abbau verbliebener Unterschiede zum kontinentalen Recht.²⁷

Insgesamt hatte das europäische Vertragsrecht damit bereits im 17. und 18. Jahrhundert – also vor der nationalen Zersplitterung des Privatrechts – einen Fundus grundlegender Gedanken und gemeinsamer Wertungen entwickelt, auf dem es bis heute aufbauen kann. Selbstverständlich gab es auch danach noch theoretische und inhaltliche Weiterentwicklungen. Aber diese Entwicklungen konnten die teleologische Ausrichtung des materiellen Vertragsrechts am vernünftigen Willen der Vertragsparteien nirgendwo in Frage stellen, so dass Europa auch heute über ein einheitliches Grundverständnis des Vertragsrechts verfügt. Die Formulierungen des rechtsordnungsunabhängigen UN-Kaufrechts und der *Principles of European Contract Law* konnten an diese gemeinsame Tradition anknüpfen. Sie bilden jetzt einen verbindenden textlichen Bezugspunkt, an dem die nationalen Rechtsordnungen sich ihrerseits zunehmend auszurichten scheinen. Die heute verbliebenen Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen sind daher lediglich technischer Art, nicht grundsätzlicher Natur, so dass sich vernünftig fragen lässt, welche Regel die beste Lösung für ein gemeinsames Problem bietet.

²⁵ Gordley (1991: 132, 134ff.).

²⁶ Taylor v Caldwell 3 B. & 826, 835, [1861-73] All ER 24, 27(1863).

²⁷ Beispielsweise ist jetzt auch die Möglichkeit eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten gesetzlich anerkannt: Contract (Rights of Third Parties) Act 1999, besonders section 1.

(7) Eine vergleichbare Identität besteht außerhalb des Vertragsrechts noch nicht. Das außervertragliche Vermögensrecht der europäischen Privatrechtsordnungen ist in einem signifikanten Maße weniger homogen als das Vertragsrecht. Denn das Recht ist hier zu einem erheblichen Teil von Entwicklungen geprägt, zu denen es jeweils erst im Laufe der letzten 200 Jahre – also nach der nationalen Zersplitterung des Privatrechts – gekommen ist.

Auch hier müssen einige kurze Hinweise genügen. Ich beschränke mich auf das Haftungs- und auf das Bereicherungsrecht, weil die Uneinheitlichkeit im Sachen- und im Kreditrechtsicherungsrecht – soweit ich sehe – ein wesentlich bekannteres Problem darstellt als die Divergenz der Regelungen der gesetzlichen Schuldverhältnisse.²⁸

Dabei bildet das europäische Deliktsrecht freilich – *prima vista* – durchaus ein ähnliches Bild wie das Vertragsrecht. Es entwickelte sich auf dem Kontinent über Jahrhunderte hinweg – weitgehend parallel – aus dem römischen Deliktsrecht, wobei überall die *actio legis Aquiliae* wegen ungerechtfertigter Schadenszufügung im Vordergrund stand.²⁹ Zentral waren die Begriffe des Schadens (*damnum*), der Rechtswidrigkeit (*iniuria*) und des Verschuldens (*culpa*), die bis heute überall in Europa die deliktische Haftung steuern.³⁰ Die unterschiedlich weit reichenden Generalklauseln der modernen Rechte – etwa § 823 I und II BGB hier und Art. 1382 *Code Civil* dort – sind insoweit jeweils Ausprägungen desselben Gedankenguts. Ebenso wie im Vertragsrecht machte sich schließlich aber auch das englische Recht im 18. und 19. Jahrhundert naturrechtliches Gedankengut zu Eigen und schloss sich mit einer grundsätzlichen Bindung der Haftung an ein Verschulden dem kontinentalen Regelungsmodell an. Es war deshalb nur folgerichtig, dass die Gerichte im 20. Jahrhundert auch hier schließlich eine Generalklausel der Fahrlässigkeitshaftung formulierten.³¹

Anders als das Vertragsrecht befand sich das Deliktsrecht im 18. und 19. Jahrhundert freilich in einer Sackgasse. Das römische Deliktsrecht war nämlich funktional und folgerichtig auch konzeptionell weniger am fairen Schadensausgleich ausgerichtet als an der angemessenen Sanktion eines erlittenen Unrechts – ein eigentliches Strafrecht hatte es ja praktisch nicht gegeben.³² Bereits im römischen Recht hatte sich gezeigt, dass das deliktische Begriffsinstrumentarium deshalb für den Schadensausgleich nur eingeschränkt passte; man hatte sich mit einem unspezifisch weiten Begriff der *culpa levissima* beholfen,³³ der eine Zurechnung auch jenseits eines eigentlichen Fehlverhaltens möglich machte. Der *usus modernus* knüpfte daran mit geradezu aberwitzigen Sorgfaltsstandards an,³⁴ die eine weit reichende „objektive“ persönliche Verantwortlichkeit zum Ausdruck bringen konnten – vergleichbare Vorstellungen wurden in England in der Terminologie objektiver

²⁸ Ausführlicher: Jansen (2004: 48ff.).

²⁹ Hierzu und zum Folgenden: Jansen (2004: 31ff.).

³⁰ v. Bar (1996: 5f., 11ff.).

³¹ Donoghue v Stevenson [1932] AC 562.

³² Jansen (2003: 197–221, 236ff.).

³³ Ulpianus D. 9, 2, 44 pr.

³⁴ So sollte es *culpa levissima* bedeuten, eine Teetasse – von einem Schuss erschreckt – fallen zu lassen (vgl. Gundling 1748: *lib. IX, tit. II, § 2*) oder das Wohnzimmer – im eigenen Haus – zu verlassen, ohne es abzuschließen und außerdem den Nachriegel vorzuschieben (vgl. Höpfner ⁴1793: §§ 757, 759). Nur „Erz-Geizhalse mit tausend Augen“ (Heineccius 1773: § 786f.: „Eucliones, quibus mille oculi sunt“) brächten die erforderliche Sorgfalt auf, „welche nicht eher ruhen können, bis sie alle Riegel und Schlösser an den Häusern betastet, und gesehen haben, ob alles zugeschlossen ist“ (Heineccius 1748: §§ 786f.).

Kausalität formuliert³⁵ und in der späteren germanistischen Literatur als „Erfolgshaftung“ beschrieben.³⁶ Bereits im 16. Jahrhundert war dabei bekannt, dass die Haftung für *culpa levissima* gerade nicht auf einem Fehlverhalten beruhte, sondern ihren tragenden Grund in einer fiktiven Garantieübernahme fand.³⁷

Derartige Überlegungen passten indes weder zur terminologischen Struktur der römischen Delikte noch – und dies war folgenreichtiger – zur herrschenden naturrechtlichen Doktrin.³⁸ Diese war nämlich primär an einem einfach darstellbaren geschlossenen System bürgerlicher Verhaltenspflichten orientiert. Es war daher nur konsequent, die Haftung konzeptionell als die Sanktion eines Fehlverhaltens zu begreifen. Für eine fehlerverhaltensunabhängige Haftung war bei einem solchen Verständnis kein Platz mehr – folgerichtig wurde die deliktische Haftung für *culpa levissima* jetzt abgeschafft.

Freilich musste diese Restriktion der deliktischen Haftung ausgesprochen missliche Folgen zeitigen. Zum einen führt sie die Deliktsrechtsdogmatik seither teleologisch in die Irre. Während die Dogmatik nämlich primär an der Formulierung einer bürgerlich-rechtlichen Pflichtenordnung orientiert ist, zielen haftungsrechtliche Entscheidungen häufig wertungsmäßig in erster Linie auf eine interessengerechte Risikozuweisung: Dass die Versicherbarkeit eine haftungssteuernde Wertung bildet, ist allgemein anerkannt. Was dies mit rechtswidrig-schuldhaftem Verhalten zu tun hat, lässt sich jedoch nicht plausibel erklären.

Zum anderen zog die Restriktion der deliktischen Haftung natürlich Haftungslücken nach sich, und es musste daher ein gewichtiges Bedürfnis entstehen, diese auch konzeptionell zu schließen. Die dogmatischen Ansätze dazu erfolgten in den einzelnen Rechtsordnungen jedoch jeweils in *splendid isolation*, und sie vermögen nirgends wirklich zu überzeugen. Den Anfang machte 1838 der preußische Gesetzgeber, als er für die Eisenbahn den ersten modernen Tatbestand einer Gefährdungshaftung schuf. Man betrachtete diese Haftung, die vom übrigen Haftungsrecht systematisch streng getrennt bleiben sollte, als Antwort auf ein soziales Sonderproblem; und man behielt dieses Verständnis auch bei, als in der Folge immer wieder *ad hoc* neue Haftungstatbestände kreiert wurden. Daraus entstand im 20. Jahrhundert dann die Vorstellung eines „zweispurigen“ Systems des Haftungsrechts: Entweder beruht die Haftung auf einem Fehlverhalten oder auf einer besonderen Gefahr. Ein solches System bietet freilich keinen Anknüpfungspunkt für die Beschreibung der fließenden Übergänge zwischen der Gefährdungshaftung und dem Deliktsrecht, über die in der Sache jedoch kein Streit besteht; und es vermag auch keinen Bezug für fehlerverhaltensunabhängige Erwägungen im Deliktsrecht zu bieten.

In Frankreich blieb der Gesetzgeber demgegenüber untätig. Es war deshalb die Rechtsprechung, die mit dem Gedanken einer Haftung für *faits des choses* eine umfassende strikte Sachhaftung schuf. Die daraus resultierende, prinzipiell unbeschränkte Haftpflicht für jeden Unfall, bei dem Sachen mit im Spiel sind, lässt sich freilich nur schwer in den Griff bekommen. Heute gilt sie deshalb vielen als unplausibel; teleologisch führt sie häufig in die Irre.

Einen dritten Weg ist schließlich das englische *House of Lords* gegangen, das mit einem *ad hoc* geschaffenen Haftungstatbestand für *things which escape from one's land*

³⁵ Ibbetson (1999: 58ff., 157f.).

³⁶ Vgl. etwa Müller-Erzbach (1912: 60ff., 69ff., 81ff.).

³⁷ de Molina (1659: *tract.* II, *disp.* 698, Rn. 3f.).

³⁸ Pufendorf (1682: *lib.* I, *cap.* VI, §§ 4ff.) und Wolff (1754: §§ 87f., 269f.).

auf eine Reihe fürchterlicher Katastrophen infolge von Staudammbrüchen reagierte.³⁹ Die Ratio dieser Entscheidung ist allerdings bis heute unklar geblieben. Entsprechend hat dieser Haftungsstatbestand in den unterschiedlichen Jurisdiktionen des *Common Law* gänzlich verschiedene Entwicklungen genommen: Während er in den Vereinigten Staaten die Grundlage einer umfassenden strikten Haftung für *abnormally dangerous things and activities* bildete,⁴⁰ wollten englische Gerichte seinen Anwendungsbereich stets eng begrenzen;⁴¹ in das System der Verschuldenshaftung führte man die Regel freilich auch dort nicht mehr zurück.

All diese Lösungen bilden nationale Sonderwege, von denen heute keiner wirklich zu befriedigen vermag. Das fundamentale Problem ist freilich ein gemeinsames: Es besteht offenbar darin, dass all diese Ansätze das ererbte deliktsrechtliche, also fehlerverhaltensorientierte Verständnis des Haftungsrechts nicht grundsätzlich in Frage stellen. Dies bildet den Grund dafür, dass sie lediglich nach Ergänzungen für die überkommenen deliktischen Regeln suchen, obgleich diese Regeln doch teleologisch in die Irre führen. Nun kann es hier nicht um Lösungsmöglichkeiten für diese Schwierigkeiten gehen⁴² – entscheidend ist zunächst nur die Erkenntnis, dass die Rechtsordnungen Europas bei der fehlerverhaltensunabhängigen Haftung seit dem 19. Jahrhundert jeweils einen Sonderweg gegangen sind, dass es insoweit also an einem gemeineuropäischen Gedankengut gerade fehlt. Am Ende des 18. Jahrhunderts verfügte die europäische Rechtswissenschaft damit für das Haftungsrecht insgesamt über nicht mehr als ein gemeinsames Problem ohne eine adäquate Lösung; und dabei ist es bislang geblieben: In der heutigen Literatur zum europäischen Haftungsrecht wird man gemeinsame Grundsätze einer fehlerverhaltensunabhängigen Haftung vergeblich suchen.⁴³ Eine europäische Regelung dieses Fragenkreises wird sich deshalb derzeit nicht als ein Ausdruck geteilter Rechtsüberzeugungen verstehen lassen. Erforderlich ist vielmehr eine konstruktive, neue Lösung. Dazu gilt es, das überkommene Haftungsrecht erst einmal neu zu durchdenken; eine Fixierung des Gegenwärtigen würde demgegenüber nicht mehr bewirken, als den misslichen Rechtszustand zu verfestigen.

Kommen wir zum europäischen Bereicherungsrecht,⁴⁴ das als solches – manchen wird das erstaunen – nur wenig älter als die Gefährdungshaftung ist. Im gemeinen Recht gab es nämlich noch keinen allgemeinen Grundsatz der Bereicherungshaftung – vielmehr erfolgte die Abschöpfung ungerechtfertigter Vorteile mittels einer Vielzahl gedanklich unverbundener Klagen.

Folglich wird man im *Code Civil* nach einer Vorschrift wie § 812 BGB vergeblich suchen; vielmehr findet man – entsprechend dem Stand der Wissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts – lediglich Einzelregelungen, wie eine Leistungskondiktion (*répétition de paiement indu*) oder die Geschäftsführung ohne Auftrag (*gestion d'affaires*). Erst 1892 erkannte die *cour de cassation* das Bereicherungsverbot als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz an. Systematisch wurde dieser allerdings nicht auf die Kondiktionen bezogen,

³⁹ *Rylands v Fletcher*, Court of Exchequer Chamber [1861-1873] All ER 1, 7 (1866); bestätigt 1868 durch das *House of Lords*: a.a.O., 12.

⁴⁰ *Restatement of the Law of Torts* (zweite Auflage), § 519.

⁴¹ Fleming (⁹1998: 377f.).

⁴² Näher: Jansen (2003: 565ff.).

⁴³ Vgl. nur v. Bar (1999: Rn. 331ff.).

⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden: Jansen (2004: 40ff.).

sondern auf eine gewohnheitsrechtliche Versionsklage gestützt,⁴⁵ eine Durchgriffshaftung bei einer Bereicherung durch das Verhalten Dritter, die das BGB freilich gerade abgeschafft hatte.

Vor allem hatten die deutsche Lehre im 19. Jahrhundert und auch die Verfasser des BGB ein derartig allgemeines und unspezifisches Bereicherungsverbot aber mit Nachdruck abgelehnt. Das deutsche Recht beruht vielmehr auf dem von von Savigny herausgearbeiteten, wesentlich spezifischeren Grundsatz, dass eine konkrete Vermögensverschiebung rückgängig zu machen ist, soweit sie rechtsgrundlos erfolgt ist. Prägende Strukturelemente des modernen Rechts, insbesondere die unterschiedliche Behandlung von Leistungs- und Eingriffsfällen, wurden freilich erst im 20. Jahrhundert entwickelt.

Die englische Geschichte schließlich ist noch kürzer: Über Jahrhunderte hinweg wurden entsprechende Rückforderungsansprüche primär im Rahmen fingierter Verträge abgehandelt, wobei es nur folgerichtig war, die Haftung – ebenso wie einst im römischen Recht – strikt auf das ursprünglich Erlangte gehen zu lassen. Daneben konnte man einen erlangten Vermögensvorteil auch auf der Grundlage deliktischer Tatbestände herausverlangen (*waiver of tort*); zudem ließ sich bisweilen das *Trust*-Recht für die Abschöpfung einer Bereicherung fruchtbar machen. Erst in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts erkannte die Rechtsprechung – nach grundlegenden Vorarbeiten in der Literatur⁴⁶ – Bereicherungsansprüche als eigenständige, übergreifende Haftungskategorie an.⁴⁷ Freilich gilt die Rechtsgrundlosigkeit einer Bereicherung bzw. Vermögensverschiebung dabei noch nicht als ein hinreichender Haftungsgrund. Nach traditioneller Lehre setzt die Haftung nämlich neben der Bereicherung stets noch einen besonderen, haftungsbegründenden *unjust factor* voraus.⁴⁸ Dies unterscheidet das englische Recht nach wie vor grundsätzlich von kontinentaleuropäischen Ansätzen.⁴⁹

All diese Unterschiede ändern freilich nichts daran, dass das europäische Nachdenken über die Bereicherungshaftung drei gemeinsame, jeweils alte Wurzeln hat. Zum einen sind das die römischen Kondiktionen, bei denen die Haftung allerdings gerade nicht auf eine Bereicherung beschränkt war. Daneben steht das allgemeine Bereicherungsverbot, das freilich unklar überliefert ist⁵⁰ und nicht als ein unmittelbar anwendbarer Rechtssatz galt. Der dritte Gedanke schließlich rührt aus der naturrechtlichen Restitutionslehre, in der die Herausgabe der Bereicherung – neben dem Verschulden – einen besonderen Haftungsgrund für einen Ersatzanspruch eines Geschädigten darstellt.⁵¹ Die Restitution bildet konzeptionell eine Verpflichtung aufgrund der Verletzung eines fremden Rechts; ihr Paradigma ist die Herausgabepflicht des gutgläubigen Besitzers: Der Verlust einer individuell zugewiesenen Rechtsposition bildet den Anspruchsgrund, und die vorhandene Bereicherung begründet die Haftungsverpflichtung. Dass auch dieser Gedanke nach wie vor am

⁴⁵ Recueil Sirey 1893 prem. part. 281, 283 (arrêt Boudier).

⁴⁶ Goff und Jones (⁴1993) (erste Auflage 1966) sowie Birks (1985).

⁴⁷ Lipkin Gorman v Karpnale [1991] 2 AC 548.

⁴⁸ Burrows (1993: 54ff., 94-361).

⁴⁹ Allerdings ist es im Bereich der Leistungskondiktionen – unter dem Einfluss deutscher Thesen (vgl. Meier 1999) – mittlerweile zu einer Annäherung an den kontinentaleuropäischen rechtsgrundsorientierten Ansatz gekommen; insbesondere der führende Bereicherungsrechtler Peter Birks (2003) hat sich jetzt die Positionen Meiers weitgehend zu Eigen gemacht und seine frühere Theorie aufgegeben.

⁵⁰ Pomponius D. 12, 6, 14 und D. 50, 17, 206: „[...] aequum est neminem cum alterius detrimento (et iniuria) fieri locupletiores“.

⁵¹ Thomas von Aquin, Summa theologiae, secunda secundae partis, qu. 62, art. 6 ad 3.

Leben geblieben ist, zeigt sich nicht nur in der deutschen Eingriffskondiktion, sondern z. B. auch darin, dass er in England heute wieder zur Erklärung der Bereicherungshaftung herangezogen wird.⁵²

Diese drei gedanklichen Elemente sind freilich äußerst disparat und in ihrem Bezug zueinander noch nicht wirklich geklärt. Entsprechend besteht bis heute keine Einigkeit, worum es im Bereicherungsrecht teleologisch eigentlich geht. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der ganz uneinheitlich beantworteten Frage, ob ein Bereicherungsanspruch eine korrespondierende Entreicherung voraussetzt. Wo für den Anspruch – wie etwa in Frankreich – ein solches *appauvrissement* verlangt wird,⁵³ dient das Bereicherungsrecht offenbar dem Vermögens- bzw. Rechtsgüterschutz. Dies entspricht dem Dogma der Vermögensverschiebung⁵⁴ der deutschen Lehre des 19. Jahrhunderts. Auf dieser Linie liegen auch heute erhebliche Teile des europäischen Rechts: Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch versteht den – auf die Bereicherung beschränkten – Anspruch aus einer Eingriffskondiktion sogar folgerichtig (wieder) als eine Art Schadensersatz.⁵⁵

Wo demgegenüber auf das Erfordernis der Entreicherung verzichtet wird, scheint das Bereicherungsrecht umgekehrt – sozusagen mit neidischem Blick – in der Bereicherung das eigentliche Problem zu sehen: Die Abschöpfung, nicht der Ersatz ist der primäre Regelungszweck. Insbesondere gilt dies für das heutige deutsche Recht, wo es heißt, dass es im Haftungsrecht allein um die Person des Schädigers, im Bereicherungsrecht allein um den Bereicherten gehe.⁵⁶ Das Bereicherungsrecht, auch die Eingriffskondiktion, soll dazu dienen, einen ungerechtfertigten Vorteil abzuschöpfen, ohne dass dem ein Verlust des Anspruchsinhabers entsprechen müsste: Der Ausgleich von Verlusten soll allein durch das Haftungsrecht gewährleistet werden.

Insgesamt lässt sich also – anders als im Haftungsrecht – durchaus feststellen, dass es ein „europäisches Bereicherungsrecht“ im Sinne eines gemeinsamen Fundus von Gedanken und Lösungsansätzen gibt;⁵⁷ diesem liegt jedoch – anders als dies im Vertragsrecht der Fall war – gerade kein geteiltes Problemverständnis zu Grunde: Wahrscheinlich wird es erforderlich sein, Eingriffs- und Leistungsfälle noch deutlicher zu unterscheiden, als das bislang der Fall ist, und jedenfalls kann deshalb von einem gemeinsamen Recht Europas auch hier noch nicht die Rede sein. Vielleicht ist es greifbarer als im Haftungsrecht. Einstweilen gibt es aber auch hier noch nichts zu kodifizieren: Zuvor haben die europäische Rechtswissenschaft und Rechtsprechung das Bereicherungsrecht noch einmal neu zu durchdenken, um überhaupt zu einem gemeinsamen Problemverständnis zu gelangen.

(8) Das Projekt, ein Europäisches Zivilgesetzbuch zu schaffen, ist ohne vergleichbare historische Vorbilder.

Nach allem wird eine Kodifikation des Privatrechts Europas sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht auf eine bloße Darstellung gemeinsamer Prinzipien und Grundgedanken beschränken können, und dies macht das Vorhaben, ein Europäisches Zivilgesetzbuch zu schaffen, zu einem einmaligen Projekt ohne vergleichbare historische Vorbilder. Denn der

⁵² Jaffey (2000: 6ff.).

⁵³ Ferid und Sonnenberger (²1986: Rn. 2 N 45ff.) mit weiteren Nachweisen.

⁵⁴ v. Savigny (1840: 518ff.).

⁵⁵ Art. 6: 212 des neuen Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (NBW).

⁵⁶ Larenz und Canaris (¹³1994: 128).

⁵⁷ Vgl. Zimmermann (1998: 56, 71ff.).

Code Civil und das BGB konnten sich jeweils darauf beschränken, das als Gesetz zu reformulieren, was bereits von Rechts wegen galt und praktiziert wurde: Der *Code Civil* beruht im Wesentlichen auf dem gemeinen Recht, wie es bei Domat und Pothier dargestellt ist, das BGB auf dem von der Pandektenwissenschaft systematisierten und von Windscheid zusammengefassten römischen Recht. Hinzu kommt heute das Erfordernis, die regulatorischen, konzeptionell marktorientierten Normen des europäischen Sekundärrechts zu integrieren. Soweit die bisherigen europäischen Regelwerke das europäische Sekundärrecht nicht berücksichtigen, zeichnen sie ein inadäquates Bild des heutigen Rechtszustandes;⁵⁸ denn immerhin bilden regulatorische Normen sozusagen den augenfälligen Ausdruck der neuen postnationalen Identität Europas. Freilich passen diese Regeln nicht ohne weiteres in die ausgleichsbezogene alteuropäische Tradition des bürgerlichen Rechts: Der BGB-Gesetzgeber wollte das System des BGB ganz bewusst von den vergleichbaren Regelungen des (älteren) Abzahlungsgesetzes und der Gefährdungshaftung freihalten.

(9) Die funktionale Rechtsvergleichung bietet jedenfalls insoweit keine hinreichende methodische Grundlage für die Formulierung eines künftigen Europäischen Zivilgesetzbuchs, als die Auffassungen über Funktion und Wertungsstruktur des Rechts divergieren. Bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen ist dies gegenwärtig der Fall.

Angesichts all dieser Befunde ist zu fragen, wie es gelingen kann, ein europäisches Recht zu schaffen, das dieses als Ausdruck der europäischen Tradition erscheinen lässt, privatrechtliche Konflikte zivilisiert zum Ausgleich zu bringen. Der derzeit übliche Weg besteht in der Arbeit von Kommissionen, die auf der Grundlage rechtsvergleichender Befunde „gemeineuropäische“ Regelwerke formulieren.⁵⁹ Dabei ist nach der Methode der funktionalen Rechtsvergleichung davon auszugehen, dass die jeweiligen Regeln verschiedener Rechtsordnungen normalerweise vergleichbare Probleme lösen sollen; es gelte deshalb, das fragliche Regelungsproblem in einer möglichst rechtsordnungsunabhängigen Sprache zu beschreiben und sodann zu fragen, welche Lösung die „beste“ oder die „einfachste“ sei.⁶⁰

Ein solcher Ansatz ist dabei so lange ausgesprochen hilfreich, wie das „Grundprinzip der Funktionalität“⁶¹ ein zutreffendes Verständnis des Rechts erlaubt und über die fragliche Funktion einer Regelung kein ernsthafter Dissens besteht. Diese beiden Voraussetzungen begrenzen damit freilich zugleich die Reichweite der funktional rechtsvergleichenden Methode. Gerade das Haftungsrecht – Vergleichbares gilt für das Bereicherungsrecht⁶² – lässt sich damit aber nicht adäquat beschreiben, weil es bei der dabei vorausgesetzten rein instrumentellen Perspektive als insgesamt verfehlt funktionsinadäquat erscheinen muss.⁶³

So gewährleisten die Rechtsordnungen Europas eine Kompensation von Unfallschäden weitgehend mittels der – gegebenenfalls um versicherungsrechtliche Absicherungen ergänzten – privaten Haftpflicht. Entsprechend besteht die Hauptfunktion des Haftungsrechts nach verbreiteter Ansicht darin, Geschädigten einen Ausgleich zu verschaffen (so genannte Ausgleichsfunktion); zugleich soll die Verpflichtung zum Schadensersatz einen

⁵⁸ Basedow (1999: 81f.).

⁵⁹ Lando (1992: 267) und v. Bar (2000: 1ff.).

⁶⁰ Kötz (1990: 209ff.).

⁶¹ Kötz (1990: 209).

⁶² Jansen (2004: 70f.).

⁶³ Weinrib (1995: 4f., 46ff.).

Anreiz bieten, Schädigungen zu vermeiden (so genannte Präventionsfunktion). Tatsächlich weiß man aber doch, dass das Haftungsrecht keine dieser beiden Funktionen zufrieden stellend zu erfüllen vermag: Ein umfassender Ausgleich ließe sich wesentlich effektiver durch ein kollektives Versicherungs- oder Fondssystem gewährleisten; und dass das Haftungsrecht keine effiziente Prävention unnötig gefährlichen Verhaltens zu gewährleisten vermag, erlebt man täglich im Straßenverkehr. Dabei ist zudem die unterschiedliche Ausgestaltung von Haftungsregeln für die Präventionswirkung offenbar weitgehend irrelevant; jedenfalls ist dies das Ergebnis empirischer Studien.⁶⁴

Insgesamt vermag ein instrumentelles Verständnis des Haftungsrecht also nicht recht zu erklären. Unklar muss insbesondere bleiben, warum der Ausgleich stets zwischen einem persönlich verantwortlichen Schädiger und seinem Opfer stattfindet: Funktional bzw. instrumentell ist dieses – wertungsmäßig doch zentrale – Element nämlich sinnlos, wenn das Haftungsrecht mit getrennten und unabhängigen Gründen für die Haftung des Schädigers (Prävention) und den Anspruch des Geschädigten (Ausgleich bzw. Klageanreiz) erklärt werden soll. Entscheidend ist im Haftungsrecht also offenbar primär die nicht funktionale Frage, was als ein gerechter Ausgleich empfunden wird.

Insgesamt kann die funktionale Rechtsvergleichung also zwar für technische und marktbezogene Regelungskomplexe, wie etwa die Fragen nach dem Zustandekommen eines Vertrags oder nach der Einschaltung von Vertretern, einen hilfreichen Ansatz bieten. Wo der Bereich des marktbezogenen Rechts verlassen ist und eine Regelung unmittelbar den Ausdruck spezifischer Gerechtigkeitsvorstellungen bildet, stößt die funktionale Rechtsvergleichung jedoch an ihre Grenzen.

(10) Der pragmatische, quasipolitische Kompromiss auf akzeptable Regelungen ist für das Ziel eines identitätsstiftenden Zivilgesetzbuchs derzeit ungeeignet. Erforderlich ist zunächst eine rechtsordnungsübergreifende europäische Diskussion als Grundlage eines wirklichen, integrativen Konsenses.

Mittlerweile liegt eine Reihe von Regelwerken vor, die das Ergebnis der Arbeit internationaler Kommissionen sind. Dabei erheben derartige Kommissionen für ihre Regelwerke typischerweise einen starken, geltungsanalogen Verbindlichkeitsanspruch: Sie sollen einerseits als Wahlstatut potenziell anwendbares *soft law* darstellen, andererseits sollen sie die Grundlage der anvisierten Kodifikation des europäischen Privatrechts bilden.⁶⁵ Einen derart starken Verbindlichkeitsanspruch zu begründen, ist freilich nicht leicht. Eine von einer nationalen Rechtsordnung unabhängige, postpositivistische Rechtswissenschaft muss ja auf den deklaratorischen Anspruch verzichten, eine vorhandene Rechtsordnung objektiv zu beschreiben. Folglich stützen sich derartige Gruppen für ihren Verbindlichkeitsanspruch zumeist auf zwei Säulen: Zum einen ist das die inhaltliche Überzeugungskraft ihrer Vorschläge, zum anderen die Autorität einer hochrangig besetzten Gruppe von Wissenschaftlern. Dabei kann eine solche Autorität wiederum entweder wissenschaftlich oder politisch begründet sein: Die Mitglieder der Gruppe können als politische Repräsentanten einer Rechtsordnung auftreten, oder sie sprechen kraft ihrer fachlichen Autorität.

Stützten sich die Kommissionen „lediglich“ auf ihre fachliche Autorität, so würde es sich „lediglich“ um einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion handeln; und das

⁶⁴ Jansen (2003: 170ff.) mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ v. Bar *et al.* (2002: 183ff.), Rn. 67ff., 73ff., 87ff., 100ff.

könnte den starken Geltungsanspruch nicht tragen. Entsprechend soll die Autorität solcher Gruppen offenbar auch im erläuterten Sinne politischer Art sein: Die Mitglieder treten zugleich als Repräsentanten der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union auf; dies ist zum Beispiel der Grund dafür, dass Vertreter von Beitrittskandidaten in der *Study Group on a European Civil Code* zunächst lediglich einen „Beobachterstatus“ erhalten haben.⁶⁶ Die Regelwerke sollen also nicht nur einen wissenschaftlich überzeugenden Vorschlag machen, sondern zugleich eine repräsentative Einigung zwischen den einzelnen Rechtsordnungen Europas darstellen.

Nun soll hier nicht die Frage der politischen Legitimation einer derart selbst ernannten Gruppe von Wissenschaftlern gestellt werden. Wichtiger scheint mir, dass die Beschlüsse einer solchen Kommission derzeit prinzipiell keinen geeigneten Ansatz für das Ziel eines identitätsstiftenden Gesetzbuchs bieten können. Denn für einen derartig identitätsstiftenden Text wäre ein echter Konsens erforderlich, der über einen bloßen Kompromiss hinausgehen müsste. Ein normativer Text vermag nämlich nicht bereits dadurch eine gemeinsame Identität zu stiften, dass jedermann damit irgendwie leben kann, weil ihm der Eindruck vermittelt wird, die Grundgedanken seiner Rechtsordnung seien geprüft und – soweit möglich – berücksichtigt. Ein derartiges Recht wäre bestenfalls pragmatisch akzeptabel. Vielmehr bedarf es eines Textes, mit dem die Bürger und insbesondere die Juristen Europas sich zu identifizieren vermögen. Sie müssen ihn dazu in dem Sinne für *richtig* halten können, dass er in ihren Augen einen genuinen Ausdruck europäischen Rechtsdenkens und eine optimale, konsensfähige Lösung der gegenwärtigen Regelungsprobleme bietet. Dies setzt voraus, dass die jeweiligen Regelungen aus inhaltlichen Gründen, nicht aus Motiven klugen rechtspolitischen Eigeninteresses akzeptiert werden.⁶⁷

Unter welchen Voraussetzungen eine Regelung nun einem solchen europäischen Richtigkeitsanspruch zu genügen vermag, lässt sich im Voraus wahrscheinlich nicht abschließend klären. Denn dies hängt immer auch von der faktischen Akzeptanz im Nachhinein ab. Jedenfalls wird es aber einer offenen wissenschaftlichen Diskussion und gegebenenfalls auch eines parallelen rechtspolitischen Diskurses bedürfen. Soweit es einerseits um den normativen Inhalt eines europäischen Rechts geht, folgt dies schon daraus, dass jedermann zumindest berechtigt sein muss, seine Argumente, Überzeugungen und Bedürfnisse so vorzutragen, dass diese tatsächlich Berücksichtigung finden können.⁶⁸ Soweit andererseits die wissenschaftlich beste Dogmatisierung und Systematisierung in Frage steht, sollte eine offene Diskussion ohnehin als eine Selbstverständlichkeit gelten: Wissenschaftliche Erkenntnis kann nicht von einer Gruppe dekretiert werden. Vor dem identitätsformulierenden Normtext einer Kommission hat ein offener, integrativer Diskurs zu stehen.

(11) Für die Schaffung eines gemeineuropäischen Privatrechts bedarf es der Entwicklung neuartiger methodischer Ansätze: Erforderlich ist eine konstruktive Rechtswissenschaft, die rechtsordnungsunabhängige Lösungsansätze für eine adäquate dogmatische Strukturierung des Privatrechts zu entwickeln vermag.

⁶⁶ v. Bar (2000: 2).

⁶⁷ Vgl. dazu insbesondere die Arbeiten von Rawls (1992) und (1993) zur Möglichkeit eines *overlapping consensus*, also zur Möglichkeit, eine übergreifende normative Konzeption auf der Grundlage divergierender Ausgangspunkte zu begründen.

⁶⁸ Alexy (³1996: 239ff.) mit weiteren Nachweisen.

Ich denke, dass diese These sich aus dem Vorhergehenden von selbst ergibt. Wie sich die erforderlichen rechtsordnungsunabhängigen Strukturmodelle entwickeln lassen, kann hier freilich nicht abstrakt angegeben werden. Wahrscheinlich wird nur die Verbindung unterschiedlicher Methoden weiterführend sein können:⁶⁹ Erforderlich sind rechtsvergleichende Bestandsaufnahmen, formale Strukturanalysen und womöglich auch eine historisch argumentierende Dogmen- und Begriffskritik. Im Haftungsrecht hat sich das ja beispielhaft gezeigt, und jedenfalls kann nur ein solcher grundlagenorientierter Ansatz rechtsordnungsübergreifend argumentieren und damit die Grundlage einer künftigen rechtswissenschaftlichen Identität Europas bilden.

(12) Der zeitliche Rahmen, den das Europäische Parlament für seinen Aktionsplan gezogen hat, ist zu eng; er gefährdet die Zukunftsperspektiven des europäischen Privatrechts. Eine europäische Regelung des gesamten Vermögensrechts sollte einstweilen nicht mehr als eine Vision sein.

Auch diese These liegt angesichts der Schwierigkeiten, die die Etablierung einer europäischen Privatrechtswissenschaft mit sich bringen wird, auf der Hand: In fünf bis zehn Jahren bekäme man bestenfalls einen pragmatisch akzeptablen Kompromiss; dies müsste den Verzicht auf ein identitätsstiftendes europäisches Privatrecht bedeuten. Gerade diejenigen, die durch das europäische Recht ihre nationale juristische Identität gefährdet sehen – insbesondere gilt dies für die Privatrechtslehre Frankreichs –, werden in einem solchen Kompromiss nicht einen Ausdruck europäischer Kultur, sondern ein Produkt der Technokratie Brüssels sehen.

Literatur

- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main ³1996.
- VON AQUIN, Thomas. *Summa theologiae, secunda secundae partis*.
- VON BAR, Christian. *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*. Bd. I. München 1996.
- VON BAR, Christian. *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*. Bd. II. München 1999.
- VON BAR, Christian. „Die Study Group on a European Civil Code“, in: Peter GOTTWALD (Hrsg.). *Festschrift für Dieter Henrich*. Bielefeld 2000, 1-11.
- VON BAR, Christian. „Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2001), 799-804.
- VON BAR, Christian und Reinhard ZIMMERMANN. *Grundregeln des europäischen Vertragsrechts*. Teile I und II. München 2002.
- VON BAR, Christian, Ole LANDO und Stephen SWANN. „Communication on European Contract: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code“, *European Review of Private Law* (2002), 183-248.
- BASDOW, Jürgen. „Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik“, in: Reinhard ZIMMERMANN (Hrsg.). *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*. Heidelberg 1999, 79-100.
- BASDOW, Jürgen. „Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), 445-492.
- BIRKS, Peter. *An introduction to the Law of Restitution*. Oxford u. a. 1985.
- BIRKS, Peter. *Unjust Enrichment*. Oxford u. a. 2003.

⁶⁹ Ausführlicher: Jansen (2004: 72ff.).

- BUCHHOLZ, Stephan. „Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts“, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50 (1986), 77-110.
- BURROWS, Andrew. *The Law of Restitution*. London u. a. 1993.
- COING, Helmut. *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*. Wiesbaden 1968.
- COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Bd. III/2. München 1982.
- COING, Helmut. *Von Bologna bis Brüssel*. Köln 1989.
- DROBNIG, Ulrich. „Ein Vertragsrecht für Europa“, in: Jürgen F. BAUR (Hrsg.). *Festschrift für Ernst Steindorff*. Berlin u. a. 1990, 1141-1154.
- FERID, Murad und Hans-Jürgen SONNENBERGER. *Das Französische Zivilrecht*. Bd. II. Heidelberg ²1986.
- FLEMING, John G. *The Law of Torts*. North Ryde ⁹1998.
- GOFF, Robert und Gareth JONES. *The Law of Restitution*. London ⁴1993.
- GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford u. a. 1991.
- GUNDLING, Nicolaus Hieronymus. *Discourse über Die sämtlichen Pandekten*. Frankfurt und Leipzig 1748.
- HALLSTEIN, Walter. „Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 28 (1964), 211-231.
- HEINECCIUS, Gottlieb. *Academische Reden über Desselben Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*. Frankfurt und Leipzig 1748.
- HEINECCIUS, Gottlieb. *Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*. Leeuwarden und Franeker 1773.
- HÖPFNER, Ludwig Julius Friedrich. *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*. Frankfurt am Main ⁴1793.
- IBBETSON, David. *A Historical Introduction to the Law of Obligations*. Oxford u. a. 1999.
- JAFFEY, Peter. *The Nature and Scope of Restitution*. Oxford u. a. 2000.
- JANSEN, Nils. *Die Struktur des Haftungsrechts*. Tübingen 2003.
- JANSEN, Nils. *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*. Tübingen 2004.
- KÖTZ, Hein. „Gemeineuropäisches Zivilrecht“, in: Herbert BERNSTEIN (Hrsg.). *Festschrift für Konrad Zweigert*. Tübingen 1981, 481-500.
- KÖTZ, Hein. „Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik“, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 54 (1990), 209-216.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. München ⁴1966.
- KRAMER, Ernst A. „Europäische Privatrechtsvereinheitlichung“, *Juristische Blätter* (1988), 477-489.
- LANDO, Ole. „Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation“, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 56 (1992), 261-273.
- LARENZ, Karl und Claus-Wilhelm CANARIS. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Bd. II/2. München ¹³1994.
- MEIER, Sonja. *Irrtum und Zweckverfehlung*. Tübingen 1999.
- MÖLLERS, Thomas M. *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*. Tübingen 1999.
- DE MOLINA, Luis. *De iustitia et iure*. Mainz 1659.

- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf. „Gefährdungshaftung und Gefahrtragung II“, *Archiv für die civilistische Praxis* 109 (1912), 1-143.
- PUFENDORF, Samuel. *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*. Cambridge 1682.
- RABEL, Ernst. „Privatrecht auf internationaler Ebene“, in: Hermann JAHRREISS, Walter JELLINEK, Rudolf LANN und Friedrich SMEND (Hrsg.). *Festsache für Erich Kaufmann*. Stuttgart und Köln 1950, 309-311.
- RAWLS, John. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt am Main 1992.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York u. a. 1993.
- REMIEN, Oliver. „Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht“, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 87 (1988), 105-122.
- RIESE, Otto. „Einheitliche Gerichtsbarkeit für vereinheitlichtes Recht?“, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 26 (1961), 604-628.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. V. Berlin 1840.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans. „Ein Vertragsgesetzbuch für Europa: Konsequente Fortsetzung der Binnenmarktpolitik und der Einführung einer gemeinsamen Währung“, *Juristen-Zeitung* (2001), 917-920.
- SCHULZE, Reiner. „Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), 442-474.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter. „Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch“, *Juristen-Zeitung* (2002), 205-211.
- TASCHNER, Hans Claudius. „Internationale Übereinkommen, EG-Richtlinien, Europäisches Zivilgesetzbuch. Wege zu gemeinsamem Zivilrecht. Einige kritische Randbemerkungen“, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.). *Festschrift für Peter Schlechtriem*. Tübingen 2003, 275-290.
- TAUPITZ, Jochen. *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*. Tübingen 1993.
- WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA, 1995.
- WINDSCHEID, Bernhard. „Das römische Recht in Deutschland“, in: Bernhard WINDSCHEID. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Herausgegeben von Paul OERTMANN. Berlin 1904, 25-49.
- WOLFF, Christian. *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*. Halle 1754.
- ZIMMERMANN, Reinhard. „Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit“, *Juristen-Zeitung* (1992), 8-20.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Oxford u. a. 1996.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*. Tübingen 1998.
- ZWEIGERT, Konrad. „Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung“, in: Ernst VON CAEMMERER (Hrsg.) *Festschrift für Hans Döle*. Bd. II. Tübingen 1963, 401-418.